

Попелюшко В.О. Про допустимість доказів у контексті статей 334 та 335 Кримінально-процесуального кодексу України / В.О. Попелюшко // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – №11 (87). – С. 41-45.



Про допустимість доказів у контексті статей 334 та 335 КПК України

**В.О.Попелюшко,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри правосуддя та
кримінально-правових дисциплін
Національного університету
“Острозька академія”**

1. Частина 5 ст. 334 КПК щодо мотивувальної частини вироку та ч. 1 ст. 335 КПК щодо резолютивної частини обвинувального вироку нині містять приписи про те, що окрім іншого у мотивувальній частині суд повинен викласти “підстави та мотиви визнання процесуальних дій або оперативно-розшукових заходів такими, що були проведені з порушенням законодавства”, а в резолютивній зазначається “процесуальні дії або оперативно-розшукові заходи, проведені з порушенням законодавства, у разі їх виявлення” (набрали чинності з 1 грудня 2005 р.).

Очевидно, вказані нововведення викликані необхідністю правового та фактичного забезпечення реалізації положень Закону України “Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду”, оскільки право на відшкодування шкоди в розмірах і в порядку, передбачених цим законом, виникає, зокрема, й у випадках “встановлення в обвинувальному вироку суду ... факту незаконного притягнення як обвинуваченого, незаконного взяття і тримання під вартою, незаконного проведення в ході розслідування чи судового розгляду кримінальної справи обшуку, виїмки, незаконного накладення арешту на майно, незаконного відсторонення від роботи (посади) та інших процесуальних дій, що обмежують чи порушують права та

свободи громадян, незаконного проведення оперативно-розшукових заходів” (п. 1¹ ст. 2).

Однак, оскільки, як видно із наведеної норми Закону, серед незаконних процесуальних дій та оперативно-розшукових заходів значаться дії по збиранню та закріпленню (фіксації) доказів у кримінальній справі і перелік таких дій та оперативно-розшукових заходів є відкритим, то слід визнати, що зазначені приписи КПК в той же час означають – тепер суд у ході судового слідства зобов’язаний не лише перевіряти дотримання органами дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду при проведенні судово-слідчих дій по збиранню та процесуальному закріпленню доказів та при здійсненні оперативними підрозділами органів дізнання оперативно-розшукових заходів чинного законодавства, й у разі виявлення порушення, виклавши підстави та мотиви, зазначати про це в обвинувальному вирoku. А це означає не що інше, як перший крок законодавця щодо необхідності офіційного визнання вирком суду доказів, отриманих з порушенням законодавств, недопустимими у справі, тобто процесуально непридатними для їх використання як доказів в підтвердження обвинувачення.

У зв’язку з наведеним постають питання: дотримання якого законодавства при проведенні судово-слідчих дій та оперативно-розшукових заходів по збиранню та процесуальній фіксації доказів повинно бути предметом з’ясування суду при розгляді кримінальної справи? Які критерії визнання отриманих з порушенням законодавства таких доказів допустимими (недопустимими) у справі? Прямої відповіді на ці питання закон не дає, а в процесуальній науці стосовно них єдності думок немає¹.

2. Перше із поставлених питань пов’язане з колом джерел кримінально-процесуального права, норми яких регламентують підстави та порядок (форму, процедуру) проведення судово-слідчих дій по збиранню і процесуальному

¹ Див.: Гончаренко В. Деякі зауваження у зв’язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 2 (33) - 3 (34). – С. 702-703; Малярєнко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: Монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – С. 107-111; Погорєцький Н.А. Использование материалов оперативно-разыскной деятельности для получения доказательств в уголовном процессе // Эволюция уголовного судопроизводства на постсоветском пространстве (книга вторая): Материалы Международной научно-практической конференции. – К.: Университет экономики и права «КРОК», 2006. – С. 36.

закріпленню доказів у кримінальній справі, визначаються їх поняття та види тощо. В законодавстві воно вирішене непослідовно і неповно. Так. Відповідно до п. 14 ст. 92 Конституції України судочинство (а отже і кримінальне) визначається виключно законами України, а згідно з ст. 1 КПК його призначенням є визначення порядку провадження у кримінальних справах.

Між тим судочинство (порядок провадження у кримінальних справах) регламентоване не тільки в Основному Законі та в КПК України, а й у нормах низки інших законів України – “Про судоустрій України”, “Про прокуратуру”, “Про адвокатуру” тощо, і навіть у законі “Про банки і банківську діяльність” (ст. 62). Причому такі норми не тільки “занадто розкидані” по законодавчих актах України, а й у багатьох випадках ними по-різному урегульовані одні і тіж процесуальні питання. Наприклад, згідно з п. 2 ч. 1 ст. 12 Закону “Про судову експертизу” в ряду обов’язків експерта названий, на вимогу органу дізнання, слідчого, прокурора, судді, суду “дати роз’яснення щодо даного ним висновку”. А в ст. 201 КПК сказано, що ознайомившись з висновком експерта, “слідчий має право допитати експерта з метою одержання роз’яснення або доповнення висновку”, про що складається протокол. В той же час ні роз’яснення, ні показання експерта не названі в КПК як кримінально-процесуальні докази (ст. 65 КПК). Тому є очевидним, що одним із напрямків у вирішенні проблем, пов’язаних з визнанням доказів допустимими має бути законодавча уніфікація регулювання тих чи інших доказових ситуацій та (по можливості) концентрація урегульованості усієї доказової діяльності у кримінальній справі в одному законодавчому акті – КПК України.

З огляду на положення ч. 1 ст. 9 Конституції України про те, що “чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства”, до джерел доказового кримінально-процесуального права належить також ратифіковані Україною міжнародні договори, що містять кримінально-процесуальні норми. Серед таких міжнародно-правових актів є десятки міжнародних конвенцій, що визначають становище особи в сфері кримінального процесу та вимоги, що пред’являються до кримінально-процесуальних механізмів, які забезпечують охорону прав і свобод

громадян у кримінальному судочинстві, наприклад, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, двосторонні договори України і договори, відносно яких Україна виступає правонаступником про надання правової допомоги у кримінальних справах (наприклад Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах)¹.

В силу приписів ст. 150 Конституції України про те, що з питань конституційності та офіційного тлумачення Конституції України та законів України ухвалені Конституційним Судом України рішення є обов'язковим до виконання на території України, до кримінально-процесуальних правил належать також ті рішення Конституційного Суду України, які стосуються кримінального судочинства. І на сьогодні таких рішень є чимало, наприклад, рішення у справі Устименка від 30 жовтня 1997 р., у справі Солдатова від 16 листопада 2000 р. у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора від 30 січня 2003 р. і т. д.

Звичайно, з часом ті чи інші процесуальні правила, сформульовані у рішеннях Конституційного Суду України, законодавчо трансформуються у норми кримінально-процесуального закону, як наприклад, правила, сформульовані у справі Солдатова (ч. 2 ст. 44 КПК). Деякі ж тривалий час діють безпосередньо як єдине прецедентне джерело норм кримінально-процесуального права. Наприклад, правила, сформульовані в рішенні у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора, які діяли до доповнення КПК Законом від 24 грудня 2006 р. ст. ст. 236⁷, 236⁸.

Джерелом доказового кримінально-процесуального права є також інші види судового прецедента.

Згідно зі ст. 46 Європейської конвенції з прав людини та основоположних свобод “Високі Договірні Сторони зобов’язуються виконувати остаточне рішення Суду в будь-якій справі, в якій вони є стороною”. Це означає, що рішення Європейського суду з прав людини є джерелом кримінально-процесуального права з

¹ Кримінальний процес України: Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.М.Грошевий, Т.М.Мірошніченко, Ю.В.Хоматов та ін.; За ред. Ю.М.Грошевого та В.М.Хотенця. – Х.: Право, 2000. – С. 36-38.

питань, пов'язаних із тлумаченням положень Конвенції щодо відповідності українського законодавства та прийнятих національними судами рішень вимогам тих чи інших кримінально-процесуальних положень Конвенції. І таких рішень-прецедентів Європейського Суду з прав людини нині є чимало¹.

Наступний вид судового прецедента складають правила, сформульовані щодо певних кримінально-процесуальних ситуацій у постановах Пленуму Верховного Суду України, прийнятих у формі дачі судом роз'яснень з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики в порядку п. 2 ч. 2 ст. 47 Закону “Про судоустрій України”. Безумовно, за своєю правовою природою такі постанови є актами судового тлумачення законів і в цьому плані мають неабияке значення для правильного розуміння суб'єктами кримінально-процесуальної діяльності приписів окремих норм правових актів та однакового їх застосування на практиці. Між тим там, де у постановах Пленум Верховного Суду України обмежувально або розширювально тлумачить правові норми чи заповнює прогалини законодавства, він тим самим “перебирає” на себе функції законодавця, створює загальнообов'язкові для правозастосувачів правила їх діяльності. До речі сказати, судові рішення у конкретних справах, в тому числі рішення Судових палат Верховного Суду України, рясніють посиланнями на постанови Пленуму як судовий прецедент-роз'яснення з тих чи інших питань застосування кримінально-процесуальних норм.

Як приклад нормативного характеру розглядуваних постанов можна послатися на приписи постанови Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12 “Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності”, які стосуються випадків звільнення особи від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених нормами Особливої частини КК (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 114 тощо), порядок здійснення якого процесуальним законом не регламентований (прогалина)².

¹ Див., наприклад: Комюніке секретаря Європейського Суду з прав людини стосовно рішення у справі “Невмержицький проти України” // Юридичний вісник України. – 2-28 липня 2005 р. – № 26 та ін.

² Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 2 (66). – С. 13-16.

3. Такої ж точки зору на коло правових актів-джерел кримінально-процесуального права, а відтак норм законодавства, з положеннями яких суд повинен звіряти процесуальні дії по збиранню та закріпленню доказів на предмет їх допустимості (недопустимості) дотримуються й інші вчені¹. Віднесення ж до них наказів Генерального прокурора України, Міністра юстиції України тощо, інструкцій, які приймаються керівниками різних центральних правоохоронних відомств (спільних інструкцій), що стосуються питань кримінально-процесуальної діяльності² є помилковим, оскільки такі нормативні акти здебільшого регулюють організаційно-технічні питання, пов'язані із кримінальним процесом, або містять роз'яснення по застосуванню кримінально-процесуальних норм працівниками підпорядкованих установ. Та й важко собі уявити, щоби суд при провадженні конкретної кримінальної справи в процесуальних питаннях керувався, наприклад, прокурорським наказом, тобто наказом сторони у справі.

4. Щодо оперативно-розшукових заходів в контексті ст. 334 та ст. 335 КПК в доказовому плані слід сказати таке. В ч. 2 ст. 65 КПК протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів проголошені як джерело доказів-документів у кримінальному процесі. Близьким за змістом є й припис ч. 2 п. 18 ст. 8 Закону “Про оперативно-розшукову діяльність”: “За результатами здійснення ... оперативно-розшукових заходів складається протокол з відповідними додатками, який підлягає використанню як джерело доказів у кримінальному судочинстві”. Але проголошення результатів оперативно-розшукових заходів джерелом доказів у кримінальній справі подальшого, так би мовити “закінченого” кримінально-процесуального урегулювання, не отримало, і ось чому.

По-перше, на стадії порушення кримінальної справи у її межах КПК передбачає звернення до оперативно-розшукових заходів як до перевірочних дій щодо заяв або повідомлень про злочин (ч. 5 ст. 97 КПК). А при провадженні

¹ Шумило М. Є. Нова форма досудового розслідування – гарантія права обвинуваченого на кваліфікований захист // Право обвинуваченого на кваліфікований захист та його забезпечення / Матеріали міжн. наук. практ. семінару. – Х., 2006. – С. 28.

² Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – С. 19-20; Уголовно-процесуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / Под общ. редакцией В.Т.Маляренко, Ю.П.Аленина. – Х.: ООО «Одиссей», 2005. – С. 11.

кримінальної справи, як значиться в ч. 3 ст. 66 КПК, результати проведених за дорученням органу, у провадженні якого знаходиться справа, оперативно розшукових заходів “можуть бути доказами у кримінальній справі”. Більше у КПК України та інших Законах України про оперативно-розшукові заходи та їх процесуальне значення не йдеться. Отже, положення ч. 2 ст. 66 та ч. 5 ст. 97 КПК значною мірою як-би дезавуюють проголошене у ч. 2 ст. 65 КПК та ч. 2 п. 18 Закону про ОРД.

По-друге, протоколи з відповідними додатками, складеними уповноваженими органами за результатами оперативно-розшукових заходів не відповідають вимогам до доказів, сформульованих у ч. 1 ст. 65 КПК, оскільки: 1) оперативно-розшукові підрозділи там не названі суб'єктами, державними органами, уповноваженими працювати з кримінально-процесуальними доказами; 2) у КПК порядок збирання і інші види роботи цих органів з фактичними даними, на підставі яких встановлюється наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння і т. д., не регламентований.

По-третє, як доречно зазначає М.Є. Шумило, вимоги належності і допустимості доказів закон пов'язує з процесуальним статусом осіб, від яких виходять докази, а в даному випадку такі особи-джерела знаходяться за межами процесу, “тому протокол, складений за результатами ОРД, є лише способом фіксації фактичних даних”, а тому “може бути використаний як підстава для проведення відповідних слідчих дій з метою отримання доказів”¹ і тільки.

Отже, на сьогодні результати ОРД в жодному разі не можуть мати процесуально-правового значення доказів у кримінальній справі (без їх процесуальної “трансформації” у такі). А тому з'ясування судом законності (незаконності) їх проведення нині не пов'язане із питанням їх допустимості (недопустимості), а переслідує інші цілі, перш за все ті, що значаться в Законі “Про порядок відшкодування шкоди...”.

¹ Шумило М.Є. Наукові засади використання оперативно-розшукових матеріалів у доказуванні в кримінальних справах // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи: Матеріали наук.-прак. конф., 18-19 квітня 2002 р., м. Харків / Редкол.: Сташис В.В. (голов. ред.) та ін. – К.; Х.: Юрінком Інтер, 2002. – С. 190.

5. Відносно відповіді на друге питання, щодо критеріїв визнання доказів недопустимими, в літературі висловлено кілька концептуальних підходів. Одні процесуалісти, досліджуючи систему норм, що стосуються інституту допустимості доказів та практику їх застосування, вдаються до спроб дати вичерпний перелік підстав, через які докази слід визнавати недопустимими та вилучати з процесу доказування¹, інші – до формулювання критеріїв їх недопустимості².

Дати вичерпний перелік підстав визнання доказів допустимими (недопустимими) навряд чи можливо, хоча б з тієї причини, що закон у деяких випадках при визначенні джерел того чи іншого доказу, наприклад, речових доказів, вдається до відкритого переліку предметів, які можуть бути речовими доказами (ст. 78 КПК). Тому такий підхід безперечно, є корисним, особливо в методологічному плані при аналізі тих чи інших процесуальних ситуацій чи кримінально-процесуальних категорій справ в цілому. З огляду ж процесуальної науки допустимість доказів доцільніше розглядати як чітко формалізоване поняття та вдаватися до визначення загальних умов (критеріїв) такої їх структуризації з наступним розкриттям змісту кожного з елементів структури, спираючись на чинне законодавство. Сибільова Н.В., наприклад, визначаючи допустимість доказів як “сукупність вимог, що пред’являються кримінально-процесуальним законом до процесу формування доказів” вважає, і з цим слід погодитися, що “не можуть вважатися судовими доказами фактичні дані, отримані: із неуказаного в законі джерела; із указаного в законі джерела, але при процесуальному закріпленні яких було допущено істотне порушення кримінально-процесуального закону і норм ... моралі; закріплені неналежним суб’єктом доказування”³.

6. Надто актуальною, особливо з огляду на посилення змагального характеру кримінального судочинства та вважаючи на те, що крім збирання доказів органами, у провадженні яких знаходиться справа, докази можуть бути подані учасниками

¹ Сизоненко А.С. Надання правової допомоги та неприпустимість доказів // Доповіді учасників міжнародної конференції: “Організація адвокатури і надання правової допомоги в демократичному суспільстві”. – К., 2002. – С. 106-107.

² Гончаренко В. Деякі зауваження у зв’язку з прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України // Вісник Академії правових наук України. – № 3 (33) – 3 (34). – С. 702-703.

³ Сибилева Н.В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе: Учебное пособие. – К., УМК ВО, 1990. – С. 17, 22.

процесу, а також будь-якими громадянами, підприємствами і організаціями (ч. 2 ст. 66 КПК), є проблема суб'єктів та процедур визнання доказів допустимими (недопустимими).

Річ в тім, що згідно з чинним КПК вирішення питання про допустимість поданих доказів належить до виключної компетенції органу, у провадженні якого перебуває справа (ст. ст. 129, 221, 273, 296, 317 КПК та ін.). Його рішення з цього питання є остаточним. Хоча в законі й записано щодо стадії досудового слідства, що скаргу на дії та постанови органу дізнання, слідчого та прокурора розглядає суд першої інстанції при попередньому розгляді справи або при розгляді її по суті (ст. ст. 110, 234, 263 КПК), у суді при попередньому розгляді справи ці правила не діють, а в ході судового слідства розглядати спірні питання щодо доказів, уже дещо запізно, оскільки їх уже покладено в основу обвинувачення та обвинувального висновку.

Очевидно, що питання про допустимість (недопустимість) доказів доцільно вирішувати вже на тій стадії процесу, на якій їх збирають (подають) та досліджують. А оскільки у кримінальному процесі існує проблема обвинувального, а не виправдовувального характеру, заслуговують на увагу пропозиції вчених-процесуалістів про запровадження окремої гілки судової системи, слідчих суддів¹, які на досудовому слідстві розглядали б скарги на рішення слідчих з питань допустимості (недопустимості) доказів, у суді ж це питання за клопотанням сторін розглядав би суд² за результатами судового слідства, що не позбавляло б суди права ще і ще раз повертатися до дослідження та оцінки доказів на допустимість при постановленні судових рішень по суті справи і перегляді їх судами вищого рівня.

7. Як висновок, вважаю, що слідуючим кроком законодавця повинно бути законодавче визначення підстав та процедур визнання доказів допустимими (недопустимими) і *de lege ferende*, воно могло б бути у новому КПК таким:

“Стаття Допустимість доказів.

¹ Грошевий Ю. Проблеми удосконалення законодавства, що регулює кримінально-процесуальну діяльність // Вісник Академії правових наук України. – № 2 (33) – 3 (34). – С. 696-697.

² Мірошніченко Т.М. Принципи діяльності суду в судових стадіях процесу // Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи. – С. 239.

1. Допустимість доказів визначається законністю їх джерел, умов і способів збирання та процесуального закріплення.
2. Докази, одержані з порушенням вимог цього Кодексу, є недопустимими.
3. Визнання доказу недопустимим здійснює особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, слідчий суддя та суд.
4. Докази, визнані недопустимими, не мають юридичної сили і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, а також не можуть бути використані для доказування будь-якої із обставин, передбачених статтею ... цього Кодексу”.

Summary

The juridical content of innovations to articles 334-335 of Criminal-Procedural Code of Ukraine is analysed. The main attention is paid to recognition of the procedural or operative and investigative actions as illegal ones or as acceptable / unacceptable evidence. The legislative definition, conditions and procedures of evidence acceptance are proposed.